



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AFETO COMO VALOR JURÍDICO PARA DISCUSSÕES ACERCA DA
PARENTALIDADE

Paula Lemos Penteado

Rio de Janeiro
2019

PAULA LEMOS PENTEADO

AFETO COMO VALOR JURÍDICO PARA DISCUSSÕES ACERCA DA
PARENTALIDADE

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

AFETO COMO VALOR JURÍDICO PARA DISCUSSÕES ACERCA DA PARENTALIDADE

Paula Lemos Penteado

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – as relações do Direito de Família, ao longo do tempo, vêm se modificando na sua maneira de formação e permanência. Hoje, com as novas formas de se relacionar e com a perda do prestígio do casamento na estrutura da sociedade, a família ganha novos contornos que se distanciam do modelo tradicional e se aproximam das relações socioafetivas. A essência desse trabalho é abordar como o valor jurídico da afetividade vem ganhando espaço na vida dos cidadãos e na jurisprudência, bem como criticar as disposições atuais do Código Civil acerca da temática.

Palavras-chave – Direito de Família. Afeto como valor jurídico. Concepção moderna de família. Parentalidade socioafetiva. Multiparentalidade. Efeitos jurídicos.

Sumário – Introdução. 1. Da importância do reconhecimento do afeto como valor jurídico para nortear as questões familiares modernas. 2. Descompasso entre as decisões judiciais sobre filiação socioafetiva e as normas legais que dispõem sobre Direito de Família. 3. Análise dos elementos essenciais na comprovação dos requisitos da declaração da socioafetividade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática do reconhecimento do afeto como valor jurídico para o Direito de Família contemporâneo analisando como tem ocorrido os avanços jurisprudenciais e as construções doutrinárias acerca da admissão de novas entidades familiares, haja vista o atraso legislativo.

O Direito de Família vem sofrendo grandes transformações decorrentes da evolução social e cultural. E, dentro dessas transformações, o afeto se tornou o grande protagonista das problematizações familiares, uma vez que da sua existência surgem relações que antes ficavam à margem do direito e hoje merecem tutela jurídica.

A valorização do afeto pela ordem constitucional e social trouxe como corolário para o ordenamento jurídico um novo princípio fundamental norteador das relações familiares democráticas, qual seja o princípio da afetividade.

Antes da Constituição Federal de 1988 tutelava-se como instituição o casamento, e dele decorria a proteção da família e os direitos a ela atrelados. Após a Constituição de 1988 há uma inversão dessa lógica, pois a nova ordem constitucional passa a considerar a família

como instituição primordial (e não mais o casamento), e, norteadas pelo princípio da afetividade, passa a ser considerada como meio de promoção isonômica da dignidade dos integrantes.

Assim, diante do alargamento do conceito de família decorrente da valorização do afeto, a Constituição se viu no dever de tutelar situações e relações sociais de natureza afetiva que infelizmente não são consideradas pelo Código Civil de 2002, cujo anteprojeto é da década de 70.

Por certo que esse descompasso entre as normas legais e a realidade que abarca o Direito de Família faz surgir inúmeras situações que precisam ser resolvidas no âmbito judicial, sem haver amparo legal e discussão suficiente. Por isso, ergue-se a necessidade de analisar como a filiação socioafetiva vem sendo aplicada e tratada pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, objetiva-se discutir a importância do afeto para a admissão judicial de novas entidades familiares, as quais se transmitem de acordo com o cenário social que estão inseridas, como o judiciário vem aplicando-o como um valor jurídico constitucional e analisar como isso deve ser feito na prática.

Para tanto, o primeiro capítulo abordará importância do reconhecimento do afeto como valor jurídico para as relações familiares e para o desenvolvimento pessoal e social do indivíduo, frente as decisões judiciais acerca da parentalidade socioafetiva.

Tendo em vista que nitidamente o legislativo não acompanhou a evolução do reconhecimento da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade, o segundo capítulo terá como objetivo criticar o descompasso entre a concepção moderna de família e as normas do Código Civil de 2002, as quais ainda partem de premissas conservadoras e que nada diz a respeito do assunto.

Por fim, o terceiro capítulo apresentará como o judiciário vem reconhecendo o afeto como valor jurídico, buscando analisar quais elementos são essenciais na tomada de decisão, bem como vêm eles estão sendo aplicados na comprovação dos requisitos da declaração da socioafetividade.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em

foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. DA IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DO AFETO COMO VALOR JURÍDICO PARA NORTEAR AS QUESTÕES FAMILIARES MODERNAS

A não muito tempo atrás, a instituição do casamento era considerada indissolúvel e baseava-se mais em arranjos negociais do que no amor romântico. Nessa época, as relações conjugais eram hierarquizadas e a vontade dos filhos não era sequer levada em consideração. Ocorre que, mesmo diante da imposição da lei e da sociedade, as relações não se mantinham e as novas famílias formadas após o desquite não eram reconhecidas juridicamente.

A doutrina moderna¹ concorda que a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) foi fundamental para as mudanças de tratamento às famílias. Mas, não se deve esquecer que tais mudanças constitucionais estão intimamente ligadas à determinados fatos histórico-sociais (como, por exemplo, o advento do instituto da separação, o empoderamento feminino e a necessidade de todos os entes familiares contribuírem para o sustento do lar) que trazem à tona cidadãos ávidos por tratamentos democráticos e igualitário.

Assim, ao estudar a evolução do Direito de Família é fácil perceber que, por ser um ramo primordialmente afetivo, as transformações sociais forçam as mudanças legislativas, que estão sempre defasadas em relação à realidade fática, e, por consequência, obrigam o Poder Judiciário a tomar decisões ousadas, as quais precisam ir além da simples subsunção das normas infralegais ao caso concreto para que sejam aplicados princípios na busca de efetividade prática e justiça.

Não há como negar que com o advento do arts. 226² e 227,³ da CRFB/88 surgiram alterações estruturais importantes para o Direito de Família, que dão novos contornos para os intérpretes. São eles: o reconhecimento de outras formas de conjugabilidade ao lado da família legítima, a igualdade absoluta entre homem e mulher, a paridade de direitos entre filhos de qualquer origem, a dissolubilidade do vínculo matrimonial e o reconhecimento de uniões estáveis⁴.

¹LEITE, apud TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, V. 5: Direito de família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 17.

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

³Ibidem.

⁴TARTUCE, op. cit., p. 17.

Com novos paradigmas constitucionais, portanto, a família, como instituição constitucional, ganha maior relevo em detrimento do casamento, e passa a ser considerada como um direito fundamental essencial para a formação da dignidade e da personalidade do indivíduo.

Para dar concretude a esse direito fundamental, o princípio que ganhou maior destaque foi o da afetividade. Isso porque é o afeto que flexibiliza os requisitos da permanência da família tradicional, cria novas relações que se sobrepõem aos laços meramente biológicos e deixam de lado a sua ultrapassada vinculação com a noção de legitimidade.

Sobre o novo conceito de família, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁵ sustenta que atualmente “o Direito de Família é baseado mais na afetividade do que na estrita legalidade”, pensamento que é corroborado pela Maria Berenice Dias⁶ ao afirmar que o novo elemento central identificador do que se compreende por entidade familiar é a afetividade.

Embora seja palpável a grandiosidade do afeto, a necessidade de reconhecê-lo como valor jurídico normativo, apto a ter aplicação direta nas decisões judiciais, advém do fato de ser um princípio que não está expressamente previsto na Carta Magna.

Nota-se que ele se fundamenta na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CRFB/88⁷), na solidariedade social (art. 3.º, I, da CRFB/88⁸), na igualdade entre filhos (arts. 5º, caput⁹, e 227, § 6º¹⁰, da CRFB/88), segundo Tartuce¹¹.

E não só, ele decorre, ainda, da emergência da doutrina e do Judiciário ampararem situações jurídicas desprotegidas pelas normas civilistas atuais. Isso já que a afetividade é a única capaz de romper com o modelo clássico familiar e tutelar o novo aspecto *pluralista e humano* da família, sustentando a criação de novas teorias socialmente importantes, como da parentalidade socioafetiva.

Considera-se pluralista e humano olhar para a família não mais com os estigmas quadrados de décadas atrás, mas sim como um desdobramento da diversidade social. À vista disso, tal diversidade possibilita que as mais variadas formas de se relacionar surjam com base no afeto e mereçam total proteção jurídica.

Há de se destacar que o intérprete/aplicador do direito deve ficar atento ao sentido que se atribui a “afeto” aqui, uma vez que não deve ser interpretado como aquele que se manifesta

⁵ HIRONAKA apud ibidem.

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Filhos do Afeto*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 31.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem. Art. 226, §6º, CRFB/88: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

¹¹ TARTUCE, op. cit., p. 29.

de forma subjetiva, mas sim do que se exterioriza no exercício da convivência afetiva das relações e gera condutas objetivas baseadas em deveres assistenciais e responsabilidade de cuidado.

Ou seja, nas palavras de Maria Berenice Dias¹², o “afeto”, objeto do presente estudo e que deve ser levado em consideração na de aplicação judicial, é aquele que reflete “as relações sociais de natureza afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecerem a incidência de normas jurídicas”.

Nesse mesmo sentido, Gustavo Tepedino¹³ elenca três efeitos práticos que a ordem jurídica deve levar em consideração na identificação do afeto como valor jurídico, sob seu sentido objetivo: i) posse de estado de filho – que ele caracteriza como sendo o *dominus, o tractus e a fama*, independente do sentimento nele contido; ii) *animus* de constituir uma família; e iii) exigibilidade das consequências objetivas do afeto, que são os deveres decorrentes da autoridade parental instituídos pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais.

Isto é, estabelecido o sentido e os efeitos práticos necessários a ensejar relevância jurídica ao afeto, pode-se concluir que o princípio da afetividade possui duas faces: de um lado o direito ao vínculo familiar e de outro o dever jurídico dele decorrente. A primeira frutifica, a partir do contexto fático estabelecido pela posse de estado de filho, nova relação e a segunda é a consequência imposta às condutas recíprocas¹⁴.

Dessa forma, é nesse contexto de valorização das consequências afetivas que a máxima “pai é aquele quem cria” ganha relevo jurídico e a expressão “família não se escolhe” perde força. Isso em razão de que uma vez estabelecida a socioafetividade no âmbito jurídico, as responsabilidades ali criadas não podem mais ser afastadas, sob o argumento de que houve quebra do vínculo.

Por isso, atualmente é possível afirmar que a parentalidade se divide em socioafetiva e biológica, na medida em que a filiação socioafetiva é um gênero que não se sobrepõe ao biológico, mas que possui igual peso.

Esse entendimento é reforçado pelo Enunciado n. 108 do CJF/STJ o qual sustenta que: “No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”, bem como no Enunciado n.

¹² DIAS, op. cit., p. 31.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. *Dilemas do Afeto*. Disponível em: <<https://www.jota.info/especiais/dilemas-do-afeto-31122015>> Acesso em: 06. mar. 2019.

¹⁴ DIAS, op. cit., p. 35.

256 do CJF/STJ, pelo qual se engendrou que: “A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”¹⁵.

Assim, fixada essa premissa de não sobreposição das filiações, autoriza-se que as decisões judiciais abracem as novas modalidades familiares e tutelem os novos vínculos de forma inclusiva, sem precisar excluir ou preponderar laços, a não ser que seja da vontade dos entes ou seja uma inevitabilidade do contexto.

De tal ponto nefrálgico, portanto, extrai-se a principal consequência do reconhecimento do afeto como valor jurídico, qual seja a superação da visão apenas patrimonial.

Por óbvio que as responsabilidades econômicas são de suma importância para a formação e crescimento do indivíduo e emana do reconhecimento da parentalidade socioafetiva. Não obstante, o afeto como novo definidor de relações parentais aflora consequências que ultrapassam as questões patrimoniais e burocráticas e enfatiza questões éticas do afeto, como por exemplo, o dever de solidariedade, de assistência, atenção, responsabilidade afetiva, deveres educacionais para com o outro.

E, diante da já exposta ausência de normatividade, a atuação dos magistrados ganha participação significativa a fim de dar efetividade a esses novos deveres éticos. Logo, para que essas decisões não sejam arbitrárias, a jurisprudência deve instituir parâmetros e requisitos objetivos para o reconhecimento da afetividade.

Em julgado acerca do reconhecimento de paternidade socioafetividade *post mortem* o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, cita essa preocupação e já define alguns requisitos:

[...] Em regra, as qualidades que se exigem estejam presentes na posse de estado são: publicidade, continuidade e ausência de equívoco". E salienta que "a notoriedade se mostra na objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social; esse fato deve ser contínuo, e essa continuidade, que nem sempre exige atualidade, [...] deve apresentar uma certa duração que revele estabilidade". Por fim, registre-se que a paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana, por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos.¹⁶

Firmada a relevância do reconhecimento do afeto pelo Poder Judiciário de maneira responsável para além dos deveres patrimoniais dos envolvidos, passa-se a analisar a

¹⁵TARTUCE, op. cit., p. 30

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1500999/RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47762578&num_registro=201400667083&data=20160419&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 09 jul. 2019.

dificuldade do julgador em se basear nas normas infraconstitucionais que se encontram em total descompasso e defasagem para com a realidade fática.

2. DESCOMPASSO ENTRE AS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E AS NORMAS LEGAIS QUE DISPÕEM SOBRE DIREITO DE FAMÍLIA

Acerca da filiação socioafetiva e as normas legais que versam sobre direito de família, é cediço que as regras gerais sobre parentesco estão disciplinadas nos arts. 1.591 a 1.595 do Código Civil (CC/02)¹⁷, as de filiação nos arts. 1.596 a 1.606 do CC/02¹⁸ e do reconhecimento dos filhos nos arts. 1.607 a 1.617 do CC/02¹⁹.

Ocorre que, embora o Código Civil tenha sido promulgado em 2002, seu anteprojeto é de 1972. Por conseguinte, como afirma Maria Berenice Dias, “o atual Código Civil já nasceu velho”²⁰, sem sequer regulamentar as famílias monoparentais²¹, que dirá as socioafetivas e as multiparentais, uma vez que essa realidade, não obstante socialmente presente à essa época, estava à margem da tutela jurídica.

Fato é que a revolução trazida pela Constituição Federal de 88 no âmbito das relações familiares não foi incorporada para o Código Civil de 2002, o que fez, e faz até hoje, com que as regras legais fiquem aquém das adversidades atuais nessa temática, como se pode analisar nos exemplos elencados a seguir.

O art. 1597, do CC/02²² ainda prescreve as presunções de paternidade, o que, sem dúvida, já perdeu aplicação prática e precisa ser mitigado diante da realidade fática da família moderna que encontrou novos meios de se relacionar.

Nota-se que a crítica deriva de algumas premissas do legislador da época que precisam ser quebradas. Primeiro que as hipóteses de presunção apenas tratam das presunções das uniões matrimonializadas, segundo que fazem referência unicamente ao marido e, terceiro,

¹⁷BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03 jul. 2019.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ DIAS, op. cit., p. 23.

²¹ Ibidem p. 23.

²²BRASIL, op. cit., nota 13. “Art. 1.597, CC/02: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

quanto ao uso de técnicas de reprodução assistida, só cita o uso do material genético do homem, esquecendo-se que a gravidez por substituição rompe com a presunção de maternidade²³.

E não só, a participação da mulher é tão menosprezada que nem a confissão de adultério é capaz de afastar a presunção de paternidade de acordo com o art. 1.600 do CC/02²⁴. Tal façanha apenas é aceita quando há comprovada impotência física do marido (art. 1.599, CC/02²⁵), o que também é uma hipótese não confiável diante do percentual de certeza de um exame de DNA.

Sobre isso, Maria Berenice Dias²⁶, de maneira esclarecedora, explica que:

[...] Esse panorama legislativo (presunção de paternidade) serve para a identificação dos vínculos parentais dentro da estrutura familiar convencional. No entanto, mister questionar esses arranjos legais quer diante do atual conceito de família, quer diante da moderna doutrina, que, de forma segura, não mais define o vínculo de parentesco em função da identidade genética. [...] O desafio dos dias de hoje é buscar o toque diferenciador das estruturas familiares que permita inseri-las no Direito de Família. Mister isolar o elemento que enseja delimitar o conceito de entidade familiar. Para isso, é necessário ter uma visão pluralista das relações interpessoais. Induvidosamente são o envolvimento emocional, o sentimento de amor, que fundem as almas e confundem patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos, que revelam a presença de uma família. Assim, não se pode deixar de reconhecer que é o afeto que enlaça e define os mais diversos arranjos familiares. Vínculo afetivo e vínculo familiar se fundem e se confundem. [...]

No mesmo sentido, Paulo Lôbo²⁷ defende que a afetividade acaba trazendo nova função para essas presunções de paternidade, já que ela deixa de presumir a legitimidade do filho originada do matrimônio para dar presunção de paternidade para aquele que se encontra no estado de filiação, dando menos relevo à sua origem ou concepção.

Diante dessa defasagem legal, a doutrina, majoritariamente²⁸, passou a interpretar o art. 1.593 do CC/02 de forma extensiva em sua parte final, a fim de incluir a filiação socioafetiva. A consolidação desse entendimento doutrinário encontra-se também em alguns Enunciados do CJF, como por exemplo os de nº 339²⁹ e 519³⁰.

²³DIAS, op. cit., p. 42.

²⁴“Art. 1.600, CC/02: Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade”. BRASIL, op. cit., nota 13.

²⁵“Art. 1.599, CC/02: A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade”. Ibidem.

²⁶DIAS, Maria Berenice. *Entre o ventre e o coração*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_entre_o_ventre_e_o_cora%E7%E3o.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019.

²⁷LÔBO, apud DIAS, op. cit., 2019. p. 44.

²⁸ Nesse sentido concordam Flávio Tartuce, Maria Berenice, Luiz Edson Fachin, Carlos Roberto Gonçalves.

²⁹ BRASIL.IV Jornada de Direito Civil, de 2006, *Enunciado nº 339 do CJF/STJ*: “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/369>>. Acesso em: 18. set. 2019.

Posteriormente, a jurisprudência dos Tribunais foi se consolidando no sentido de reconhecer a filiação socioafetiva como um gênero de filiação civil e chegou ao auge com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que analisou a repercussão geral do tema (Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, com repercussão geral, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no seu Informativo n. 840), firmando a tese de que “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.³¹

E mais, mesmo que seja possível a concomitância das filiações (multiparentalidade), também em repercussão geral, o STF já reconheceu que uma vez evidenciado o afeto entre os membros familiares, o vínculo biológico perde força para o vínculo afetivo³², que acaba sendo aquele que efetivamente garante, na prática, os efeitos (direitos e deveres) da paternidade desejados por um filho, pois fruto da vontade.

Além desses artigos, importante mencionar, também, a ultrapassada determinação do art. 1.611, do CC/02³³, a qual estabelece que o filho havido fora do casamento só pode residir no lar conjugal sob autorização do outro.

Não há como negar que o lar conjugal deve ser um ambiente em que ambos concordem com as regras de convivência. No entanto, conforme bem defendido por Flávio Tartuce, a autorização do art. 1.611 é polêmica e acaba discriminando o filho fruto de outra relação em prol de se privilegiar o instituto do casamento. Para o doutrinador³⁴, o melhor seria que isso fosse deixado apenas para o âmbito particular e, caso o aplicador do direito tivesse que solucionar eventual lide, deveria analisar os fatos diante do princípio do melhor interesse da criança e da razoabilidade.

Por outro lado, já na visão de Christiano Cassettari³⁵, esse artigo é uma hipótese de formação de socioafetividade e a autorização é o primeiro indício de que o laço afetivo está sendo criado.

³⁰ BRASIL. V Jornada de Direito Civil, de 2011, *Enunciado nº 519 do CJF/STJ*: “O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de sócio afetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais”. *Ibidem*.

³¹ TARTUCE, op. cit., p. 244.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário nº 692.186 RG/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3419008>>. Acesso em: 18 set. 2019 jul. 2019.

³³ BRASIL, op. cit., nota 13. “Art. 1.611, CC/02: O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro”.

³⁴ TARTUCE, op. cit., p. 273.

³⁵ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 51.

Não obstante, há de se concordar que o art. 1.611 do CC/02 acaba por fazer uma diferenciação entre os filhos, o que é vedado tanto pela Constituição Federal, quanto pelo art. 1.596 do CC/02³⁶, sendo, portanto, inconstitucional.

Por último, é preciso considerar os efeitos trazidos pelo do art. 1.610 do CC/02³⁷, o qual estabelece que o reconhecimento de paternidade é irrevogável.

Como já citado, a lei não traz hipótese expressa de regulamentação para filiação socioafetiva. Logo, a irrevogabilidade, pela norma legal, aplicar-se-ia à filiação consanguínea apenas. Mas, diante do reconhecimento doutrinário e jurisprudencial da socioafetividade, sem dúvida, o art. 1.610 do CC/02 deve ser aplicado também nesses casos.

Não há como negar que uma vez comprovado o vínculo afetivo, aquele que voluntariamente assume os direitos e deveres familiares de um filho não pode voltar atrás dessa decisão. Daí a importância da equiparação da filiação consanguínea à afetiva, já tratada acima.

Isso porque, uma vez assumida a responsabilidade, o importante é garantir os efeitos do reconhecimento pela filiação socioafetiva, tanto os sociais e os jurídicos, quanto os psicológicos, como a proteção, educação, atenção e assistência necessária de maneira irretroatável.

Assim, diante da total falta de regulamentação legal, o CNJ editou em 2017 o Provimento nº 63³⁸ para permitir o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva em cartório, trazendo algumas regras e dando tratamento irrevogável ao ato.

Não obstante seja uma excelente tentativa de desburocratizar e facilitar o reconhecimento, a doutrina já discute acerca da necessidade de autorização do titular da filiação consanguínea.

Dessa forma, conclui-se que é de extrema necessidade a adequação das regras legais com a realidade familiar que se tem hoje para que não impere a insegurança jurídica e a regulamentação por meio de decisões judiciais.

³⁶BRASIL, op. cit., nota 13.

³⁷Ibidem. “Art. 1.610, CC/02. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”.

³⁸BRASIL. *Provimento nº 63*, de 14 de novembro de 2017 do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf>. Acesso em: 02 set. 2019.

3. ANÁLISE DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS NA COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DA DECLARAÇÃO DA SOCIOAFETIVIDADE

Como citado anteriormente, Gustavo Tepedino³⁹ aponta 3 (três) elementos fundamentais na identificação do vínculo afetivo, quais sejam a posse de estado de filho, o *animus* de constituir família e a possibilidade de se exigir os deveres decorrentes do reconhecimento. Sobre eles, a posse do estado de filho é o que merece maior destaque no presente estudo.

Inicialmente é importante citar que a posse de estado de filho não possui previsão legal expressa e é uma construção doutrinária⁴⁰ advinda da interpretação do art. 1.605, II do CC/02⁴¹.

Em apertada síntese, Paulo Lôbo⁴² descreve que a posse de estado de filho é a convivência familiar e o vínculo afetivo exteriorizados, constituídos quando uma pessoa trata a outra como pai e essa trata a outra também como filho, assumindo tais papéis reciprocamente, independentemente do vínculo biológico.

Fato é que a posse de estado de filho baseia-se na manifestação de vontade recíproca e no seu reconhecimento no âmbito familiar e social.

Entende-se que, embora seja um elemento identificador do vínculo afetivo, não se confunde com a própria filiação socioafetiva. Isso porque a filiação socioafetiva usa a posse de estado de filho apenas como um parâmetro na sua configuração. Ou seja, não é necessário que estejam presentes todos os requisitos de constituição da posse de estado de filho para que seja considerada a filiação socioafetiva⁴³.

Assim, tradicionalmente a doutrina concorda que a posse de estado de filho se configura quando estão presentes três critérios: i) *tractatus*, referente ao tratamento entre as partes, que se relacionam como pais e filhos; ii) *nomem*, referente ao uso do nome do pai afetivo pelo filho; e iii) *reputatio*, referente ao reconhecimento desse tratamento pela sociedade.

³⁹TEPEDINO, op. cit.

⁴⁰CASSETTARI, op. cit., p. 35.

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 13. Art. 1.605, CC/02: Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se afiliação por qualquer modo admissível em direito:[...]III – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

⁴²LÔBO apud DIAS, op. cit., 2017. p. 49.

⁴³FACHIN ibidem. p. 50.

Não obstante, Flávio Tartuce⁴⁴ e Maria Berenice Dias⁴⁵ defendem que desses três critérios, apenas dois são essenciais, já que o não uso do nome patronímico em nada afeta a caracterização da posse de estado. Na visão dela os critérios são: i) notoriedade, em que tal vínculo é objetivamente perceptível pela sociedade; e; ii) continuidade, em que a situação fática do vínculo se demonstra estável⁴⁶.

Esses requisitos se pautam pela teoria da aparência, pois se manifestam em uma realidade fictícia que ganha contornos jurídicos reais, com o intuito de dar segurança para as relações familiares afetivas. Ademais, a publicidade torna o vínculo afetivo (fato) em uma situação de direito por meio da manifestação do elemento da fama⁴⁷.

Nota-se que a jurisprudência há muito tempo vem adotando esses requisitos doutrinários para reconhecer a socioafetividade, até dar um passo maior e serem citados na própria ementa do Recurso Extraordinário de nº 898.060/SC⁴⁸, o qual reconheceu, em repercussão geral, a multiparentalidade.

Na visão de Flávio Tartuce⁴⁹, essa decisão traz 3 (três) importantes impactos:

[...] A primeira delas é o reconhecimento expresso, o que foi feito por vários Ministros, no sentido de ser a afetividade um valor jurídico e um princípio inerente à ordem civil-constitucional brasileira. A segunda consequência, repise-se, é a afirmação de ser a paternidade socioafetiva uma forma de parentesco civil (nos termos do art. 1.593 do CC), em situação de igualdade com a paternidade biológica. Em outras palavras, não há hierarquia entre uma ou outra modalidade de filiação, o que representa um razoável equilíbrio. A terceira consequência é a vitória da multiparentalidade, que passou a ser admitida pelo Direito brasileiro, mesmo que contra a vontade do pai biológico. Ficou claro, pelo julgamento, que o reconhecimento do vínculo concomitante é para todos os fins, inclusive alimentares e sucessórios. Teremos grandes desafios com essa afirmação, mas é tarefa da doutrina, da jurisprudência e dos aplicadores do Direito resolver os problemas que surgem, de acordo com o caso concreto.

Interessante também é a utilização da posse de estado de filho pela jurisprudência para manter a filiação pelo fato gerador socioafetivo daqueles que descobrem por exame de DNA, anos após o nascimento, que a filiação biológica não existe⁵⁰.

Todos esses novos entendimentos colocam em primeiro plano a responsabilidade de se reconhecer o cuidado como valor jurídico e corrobora com a crítica à legislação feita no

⁴⁴TARTUCE, op. cit., p. 263.

⁴⁵DIAS, op. cit. 2017, p. 49.

⁴⁶Ibidem, p. 50.

⁴⁷Ibidem, p. 49.

⁴⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 898060*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>>. Acesso em: 09 jul. 2019.

⁴⁹TARTUCE, op. cit., p. 263.

⁵⁰CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Desconstituição da paternidade registral*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c54e7837e0cd0ced286cb5995327d1ab>>. Acesso em: 09 jul. 2019

capítulo anterior acerca da impossibilidade de se romper com o vínculo (irrevogabilidade do art. 1.610, CC/02).

Aquele que assume a condição de provedor das necessidades de um filho por um longo período, assume também papel importante na formação da personalidade daquele que está na função de filho (embora o inverso também aconteça).

Nesse sentido, Maria Berenice⁵¹ alerta que o fato está para além do amor, já que é considerado um ato-fato contínuo, o que tem consequências jurídicas. Na visão dela, uma vez que as relações se solidificam com o tempo, proporcionam estruturação psíquica e ocupam os lugares de filho e pai, estarão sempre suscetíveis à incidência da norma jurídica.

Conclui-se, portanto, que o reconhecimento jurídico desses elementos que ensejam no mundo fático a socioafetividade deve ser feito de forma minuciosa, tendo em vista às consequências perenes que ela trará para o resto da convivência dos envolvidos.

E aqui, chama-se atenção não só para os efeitos patrimoniais a que esse reconhecimento imputa. Mas, também, aos seus deveres emocionais e psíquicos, pois esses sim muitas vezes são banalizados ou até não tutelados pelo direito, depois de solucionados os entraves patrimoniais.

Há de se atentar que, reconhecido os elementos presentes para a declaração da afetividade, esses não poderão mais ser desconstituídos e acarretarão deveres assistenciais familiares (como, por exemplo, educacionais, instrutivos, de afeto, psicológicos, cultural, esportivo, sociais, e outros) os quais o judiciário precisa alertar às partes para a sua seriedade, bem como fazer valer a responsabilidade afetiva advinda de tal reconhecimento.

Importantes julgados, como, por exemplo, o do abandono afetivo⁵², a Ministra Nancy Andrighi traz grande passo para o reconhecimento do carinho, do cuidado como deveres jurídicos, atentando para a diferença dele para o dever de amor. Esse último não pode ser cobrado, mas o cuidado sim, já que é um pressuposto da função familiar.

Isso porque, é mais “pai” aquele quem cria, ama, educa e dá assistência no dia-a-dia, do que o que se torna meramente um patrocinador financeiro por determinação judicial.

⁵¹DIAS, op. cit. 2017, p. 52.

⁵²BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/SP*. Relatora: Ministra. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de proporção jurídicas e social entre a legislação atual acerca da família, como ela vem se desenvolvendo no plano fático e as decisões jurídicas a seu respeito. O embate materializa-se pelo confronto entre a ausência de norma infraconstitucional que regulamente a realidade da família moderna brasileira e a jurisprudência que vem se formando acerca do tema.

De um lado, está o Código Civil com normas defasadas sobre o instituto familiar, principalmente no que tange ao tratamento da afinidade; de outro, uma atuação ativista do Judiciário que tenta socorrer os novos preceitos constitucionais aplicados à família.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que é preciso que o Legislativo atualize as normas civilistas para dar suporte à aplicação do princípio da afetividade, a fim de garantir às decisões judiciais embasamento legal, e conseqüentemente segurança jurídica.

Na prática, embora se tenha criado na jurisprudência um parâmetro decisório para estabelecer o que constitui ou não uma família baseada na afinidade, nota-se que ainda há muito o que se discutir e firmar acerca da sua caracterização, bem como dos seus efeitos futuros, sejam eles patrimoniais ou não.

O entendimento a que se chegou no presente trabalho consubstancia-se na ideia de que, embora a Constituição Federal de 1988 tenha dado maior importância jurídica ao instituto da família, o casamento continua sendo o centro das normas infralegais, causando descompasso. Ademais, o ordenamento jurídico continua mais preocupado com os efeitos patrimoniais das filiações do que com a responsabilidade e deveres afetivos deles decorrentes.

No primeiro capítulo restou claro que se não fosse pela atuação ativista do Judiciário, as novas relações familiares baseadas no afeto estariam ainda sem reconhecimento e tutela jurídica, o que causaria grande defasagem.

Na mesma esteira, pôde-se analisar no segundo capítulo alguns dos principais atrasos legislativos presentes do Código Civil atual, o que contribui para o argumento de que, não só a realidade fática, mas também as decisões judiciais não têm embasamento seguro para caracterizar a filiação socioafetiva e os efeitos dela.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do terceiro capítulo, verificou-se que, a fim de dar segurança jurídica às decisões judiciais, há a necessidade de se firmar quais são os elementos essenciais dos requisitos da declaração da socioafetividade. Disso, contata-se que esse o elemento essencial é a posse de estado de filho, o qual se forma com dois requisitos.

Embora não haja um consenso na doutrina, após o presente estudo, conclui-se que os que melhor lhe cabe são a comprovação da notoriedade e da continuidade da relação socioafetiva. E, a partir disso, abre-se espaço para um novo foco, quais sejam a discussão acerca dos deveres extrapatrimoniais que daí surgem.

Dessa forma, deve ser preocupação constante do Judiciário, do Legislativo – e da doutrina também – cooperarem para discutirem e realizarem políticas que efetivem o princípio da afetividade, reconhecendo que é preciso normatizar as relações que nascem fora do casamento ou para além dele. E mais, reconhecendo também que é a partir desse novo meio de relacionar que o conceito de família irá se concretizar. Isso porque a família, independentemente de sua origem, tem a função de amparar os seus membros, dando a eles acolhimento, afeto, estrutura e instrução o suficiente para que o indivíduo seja capaz de se desenvolver de forma idônea para o mundo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/110406.htm>>. Acesso em: 03 jul. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

_____. *Provimento nº 63*, de 14 de novembro de 2017 do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf>. Acesso em: 02 set. 2019

_____. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/SP*. Relatora: Ministra. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1500999/RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47762578&num_registro=201400667083&data=20160419&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 09 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário nº 692.186 RG/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3419008>>. Acesso em: 18 set. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Desconstituição da paternidade registral*. Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c54e7837e0cd0ced286cb5995327d1ab>>. Acesso em: 09 jul. 2019.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Entre o ventre e o coração*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_entre_o_ventre_e_o_cora%E7%E3o.pdf>

Acesso em: 03 jul. 2019.

_____. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Filhos do Afeto*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. *Coleção Sinopses para Concursos – Direito Civil – Família e Sucessões*. 6. ed. V. 14, Bahia: JusPodivm, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 15. ed. V. 06. São Paulo: Saraiva, 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 5: Direito de família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Dilemas do Afeto*. Disponível em: <<https://www.jota.info/especiais/dilemas-do-afeto-31122015>> Acesso em: 06 mar. 2019.